

《判例研究》

# 在日韓国人元日本人軍属障害年金訴訟上告審判決と

## 関連裁判における立法裁量論

最高裁平成一三年四月五日第一小法廷判決、裁判集民事二〇二号一頁

山 中 倫太郎

### I、事実の概要

#### 一、戦傷病者戦没者等援護法

昭和二十七年四月三〇日に制定された戦傷病者戦没者遺族等援護法（以下「援護法」と略する）は、国家補償の精神に基づいて軍人軍属等の公務上の負傷・疾病・死亡に関して、元軍人軍属等やその遺族を援護することを目的とし（二条）、法律が定める程度の障害（七条一項）に至った場合には、軍人軍属の在職期間中の公務上負傷や疾病に対し障害年金等を支給する旨を定める。なお、軍人軍属とは今日の日本ではなじみのない言葉であるが、同法の定義によれば、元の陸海軍部内の有給嘱託員、雇員、よう人、工員又は鉦員（二条一項二号）や国家総動員法により設立された船舶運営会の運航する船舶の乗組船員（同三号）を指す。もともと、この軍人軍属に該当する者であり、法定の公務上負傷・疾病・死亡の被害に遭遇した者であっても、①障害の状態に至った日の時点で日本国籍を有しない者、②障害を負った日の以降、昭和二十七年三月三十一日（援護法適用の前日）以前に日本国籍を喪失した者は障害年金の支給の対象とはならず（一一条二号）、③受給権者が日本国籍を失ったときには、当該権利は消滅する（一四条一項二

号)。更に、④戸籍法(昭和二年法律二二四号)の適用を受けない者については、「当分の間」、この法律は適用されない(同法附則二項)。

したがって、同じ日本軍の軍人軍属であつたにも拘わらず、日本国籍を有しない又は戸籍法の適用がない在日韓国人に対しては障害年金の給付がなく、この法律の有り様が日本国憲法一四条一項に反しないかどうかという点が具体的に裁判で問題とされる。次に、裁判の中で具体的に検討の対象となつた日本と韓国との戦後処理の経緯を見てゆくことにしよう。

## 二、日本と韓国の戦後処理関係

第二次大戦の敗戦に伴つてサンフランシスコ平和条約(昭和二十七年条約第五号)が締結され、日本は朝鮮の独立を承認すると同時に、朝鮮半島等の分離独立地域の住民の財産・請求権の問題を、関係国間の特別取極の主題とした(四条a項)。その取極の一つとして日韓両国間で昭和四〇年六月二二日に「財産及び請求権に関する問題の解決並びに経済協力に関する日本国と大韓民国との間の協定」(以下「日韓請求権協定」と略する)が締結され、終戦までに発生した終戦処理に関する請求権は基本的に両国間および両国民相互間において主張することができないものとされた(同協定二条)。韓国政府はこの協定による経済協力資金によって自国民の対日民間請求権について一定の補償を行ったが、在日韓国人戦死傷者の日本政府に対する補償請求権については同協定の解決の対象に含まれていないとの立場から韓国国内法上の補償対象者から除外した。<sup>(1)</sup>これに対して日本政府は、在日韓国人元軍人軍属に対する補償問題は同協定により法的には完全且つ最終的に解決済みとの立場に立ち、<sup>(2)</sup>在日韓国人の元軍人軍属は、日本と韓国のいずれからも補償を受けることができないという状況が続くことになった。以上の背景の下で、本件原告が訴訟を提起するに至つた。

## 三、訴訟の経過

原告X一・X二は、大韓民国籍を有し、日本に在住する者である。X一は、日本海軍の軍属として、X二は船舶運営会社の運航する船舶の乗組船員として援護法所定の在職期間に負傷し、障害を負うこととなつたため、同法に基づいて障害年金の請求を行つ

た。これに対して厚生大臣（平成三年当時）は、X一・X二が韓国籍を有し、戸籍法の適用を受けない者であるとして、同法附則第二項により請求を却下する旨の処分を行った。

X一・X二は、これらの却下処分を不服として行政不服審査法に基づいて異議を申し立てたが、申立てをそれぞれ棄却したため、東京地裁に原処分の取消しを求めた。

原告らは、①戸籍法の適用を受けていないことを理由に原告らを援護対象から除外する附則第二項（本稿では「戸籍条項」と略する）は、日本軍の軍人軍属として戦争に従事させられた韓国・朝鮮人を不当に差別しており、憲法一四一条一項、ないし国際人権規約（A規約九条及びB規約二六条）に反し無効であり、②仮に戸籍条項が違憲無効ではないとしても戸籍法の適用を受けない者を援護法の適用から除外するのは、同戸籍条項の文言では「当分の間」であり、韓国・朝鮮人の補償問題が二国間の外交交渉で確定するまでは援護法の適用をしないことが同条項を設けた趣旨であるから、韓国・朝鮮人の補償問題を確定する日韓請求権協定の署名日以降には、同附則は失効したというべきであるという点を主に主張した。

これに対して東京地裁は、①の点に関して、サンフランシスコ平和条約による在外資産の喪失が憲法二九条三項との関係で問題となった昭和四三年の最高裁判決を引用して次のように判示した。「このような戦争犠牲又は戦争損害について、国が、いかなる範囲の者に対して、いかなる程度の補償を行うかは、基本的には、国民感情や社会・経済・財政事情、さらには、外交政策、国際情勢等を考慮した政治的判断を要する立法政策に属する問題であるというべきである」。また、同法の性格を「生活援助法的側面をも有するものであることは否定できない」とした上で、「この種の援助は、当該援助の対象者の属する国家の責任においてなされることとが現在国際間で基本的に容認されている実状にあると解されるところである」。そして、以上の戦争犠牲・戦争損害の特殊性と援護法の性格を考慮すれば、韓国政府と日本政府との特別取極によって補償問題の解決を予定する一方、同法の適用除外を定める戸籍条項を設けたことは、「その立法政策の当否はともかく、これをもって直ちに、本件附則が憲法一四一条一項に違反することになるということはできない」とした。

②の点に関しては、「当分の間」という字句が用いられているのは、「本件附則の制定趣旨等からして、近い将来における特定の事柄の発生を具体的に予想したことによるものではない」と解し、また一般論としても、法令中に「当分の間」というような不定

期間が定められていた場合であっても基本的に「当該法令の改廃等の立法措置が講じられない限り、法規としての効力を失ったもの」ということはできない」として戸籍条項が失効しているとする原告の主張を退けた。

以上のような論拠から東京地裁は原告の請求を棄却した。これに対して原告は東京高裁に控訴したが、同裁判所は東京地裁判決とほぼ同様の理由で原告の請求を棄却したため（東京高判平一〇・九・二九、判時一六五九号三五頁）原告は上告した。

## II、判 旨

### 上告棄却

(一) 「憲法一四条一項は、法の下の平等を定めているが、この規定は、合理的理由のない差別を禁止する趣旨のものであって、各人に存する経済的、社会的その他種々の事実関係上の差異を理由としてその法的取扱いに区別を設けることはその区別が合理性を有する限り、何らこの規定に違反するものでないことは、当裁判所の判例の趣旨とするところである」としつつ、戸籍条項の制定の合理性について次のように判示した。

(二) 同条項の趣旨は、「援護法制定当時、それまで日本の国内法上で朝鮮人及び台湾人としての法的地位を有していた人の国籍の帰属が分明でなかったことなどから、これらの人々に援護法の適用がないことを明らかにすることにあつたものと解される。」

(三) 「以上の経緯に照らせば、それまで日本の国内法上で朝鮮人としての法的地位を有していた軍人軍属が援護法の適用から除外されたのは、これらの人々の請求権の処理は平和条約により日本政府と朝鮮の施政当局との特別取極の主題とされたことから、上記軍人軍属に対する補償問題もまた両政府間の外交交渉によって解決されることが予定されたことに基づくものと解されるのであり、そのことには十分な合理的根拠があるものというべきである。したがって、援護法附則二項により、日本の国籍を有する軍人軍属と平和条約の発効により日本の国籍を喪失し朝鮮国籍を取得することとなった軍人軍属との間に区別が生じたとしても、それは以上のような根拠に基づくものである以上」、同条項は憲法一四条一項に違反するものではない。

(四) 第二に、「上記のとおり援護法附則二項が援護法の制定当時においては十分な合理的根拠を有していたとしても、日韓請求権協定の締結後、上記のような差別状態が生じていたにもかかわらず、立法府が在日韓国人の軍人軍属に対して援護の措置を講ず

ることなく援護法附則二項を存置してきたことについては、そのことが憲法一四一条一項に違反しないか否かが更に検討されなければならない。」として、日韓請求権協定以降に同条項を存置したことの合憲性について次のように判示した。

(五) 「ところで、軍人軍属等の公務上の負傷若しくは疾病又は死亡のような戦争犠牲ないし戦争損害に対する補償は、憲法の予想しないところというべきであり、その補償の要否及び在り方は、事柄の性質上、財政、経済、社会政策等の国政全般にわたった総合的政策判断を待って初めて決し得るものであって、これについては、国家財政、社会経済、戦争によって国民が被った被害の内容、程度等に関する資料を基礎とする立法府の裁量的判断にゆだねられたものと解される(最高裁昭和四〇年(オ)第四一七号同四三年一月二七日大法院判決・民集二二卷一二号二八〇八頁、最高裁昭和五八年(オ)第一三三七号同六二年六月二六日第二小法院判決・裁判集民事一五一号一四七頁、最高裁平成五年(オ)第一七五一号同九年三月一三日第一小法院判決・民集五一卷三号一二三三頁参照)」。

(六) そして、日韓請求権協定を締結した後の経緯や国際情勢の推移等にかんがみると、「援護法附則二項を廃止することをも含めて在日韓国人の軍人軍属に援護の措置を講ずることとするか否かは、大韓民国やその他の国々との間の高度の政治、外交上の問題でもあるということができ、その決定に当たっては、変動する国際情勢、国内の政治的又は社会的諸事情等をも踏まえた複雑かつ高度に政策的な考慮と判断が要求されるところといわなければならない。」

(七) 「これらのことからすれば、日韓請求権協定の締結後、上告人らを含む在日韓国人の軍人軍属に対して援護の措置を講ずることなく援護法附則二項を存置したことは、いまだ上記のような複雑かつ高度に政策的な考慮と判断の上に立って行使されるべき立法府の裁量の範囲を著しく逸脱したものとまでいうことはできず、本件各処分当時において憲法一四一条一項に違反するに至っていたものとすることはできない。」

### III、裁判例との関連

#### 一、憲法一四一条関係の裁判例との関連

本件で中心的な争点となったのは、援護法附則第二項の戸籍条項であり、同じ日本軍旧軍人軍属であったとしても、日本戸籍法

の適用を受けない在日韓国人に対しては法律を不適用とする取扱区別が憲法一四条一項違反とならないかが問題となった（仮に戸籍条項が違憲であるとすれば、今度は国籍条項の合憲性が問題となる。）。

この論点に関して最高裁は、憲法一四条一項の趣旨を原則的に外国人にも類推しつつ、合理的な理由による法的取扱いの区別を許容する最大判昭三九年一月一八日等を一般論として引用した上で、本件戸籍条項を定める合理的理由があるか否かについて具体的な検討を行っている。最高裁は、この点を検討する際に、そもそも①同条項を制定したことの合理性、②日韓請求権協定の締結後に同条項を存置したことの合理性という二つの次元で問題を検討している点に留意して、最高裁の判断枠組みを見てゆこう。

より直接的にこの論点に関わる最高裁裁判例として、台湾人元日本兵訴訟上告審判決（最三判平四・四・二八、判時一四二二号九一頁）がある。この事案も、援護法上の戸籍条項（および国籍条項）の憲法一四条一項との適合性が争われたものであり、在日韓国人に関する本件との大きな相違点として、①原告が台湾人元軍人軍属であった点、②訴訟形態が国家補償請求訴訟であった点、③特に憲法二九条三項による損失補償請求が行われた点の三点を主に指摘しうる。しかし、基本的な事案の構造は本件と同じであり、そこで検討された論点は本件に直接関連するものである。この判決は、援護法制定当時国籍の帰属が不確定であった台湾人に対しては、同法を適用しない旨を明確にする点に戸籍条項制定の趣旨を見出し、そのことは「台湾住民の請求権の処理は日本国との平和条約及び日華平和条約により日本政府と中華民国政府との特別取極の主題とされたことから、台湾住民である軍人軍属に対する補償問題もまた両国政府の外交交渉によって解決されることが予定されたことに基づくと解されるのであり、そのことは十分な合理的根拠があるものというべきである。」とする。本件も、これと同様の論理を継承し、在日韓国人との関係で戸籍条項（および国籍条項）制定の合理性を認定している（判旨（二）（三））。

第二に戸籍条項を存置したことの合理性が憲法一四条一項との関係で問題となるが、この点に関しては、両事案は合理性の判断について立法裁量を認める点で結論を同じくするものの、その判断過程には微妙な差異が存在するように思われる。すなわち、台湾人元軍人軍属の事案では、日華平和条約に基づく特別取極は条約締結後二〇年近く推移するうちに、中華人民共和国を唯一の合法政府であることを日本政府が承認する日中共同声明が発せられた結果、この特別取極を主題とする協議が事実上不可能となった外交上の経緯を論じつつ、「しかしながら、そのことのゆえに本件国籍条項が違憲となるべき理由はなく、右のような現実を考慮し

て、我が国が台湾住民である軍人軍属に対していかなる措置を講ずべきかは、立法政策に属する問題というべきである。」とし、協議が不可能となった場合であっても、それ以降に戸籍条項（および国籍条項）を存置するか否かについては立法裁量の問題としてゐる。しかし、何故に立法裁量の結論に至るのか、その論拠は必ずしも積極的に示されなかった。この点について在日韓国人についての本件事案では、戦争犠牲ないし戦争損害に対する補償を「憲法の子想しないところ」として立法裁量を認める最大判昭和四三年一月二七日等を一般論として引用し（判旨（五））、日韓請求権協定の締結以降に戸籍条項を存置したことにつき、「高度の政治、外交上の問題でもある」ことを加味して立法裁量論を結論とするが（判旨（六））、この点については後に詳細に検討する「戦争損害法理」の論拠が積極的に示された点は、本件独自の要素として注目に値する。

この判断のあり方は、先の台湾人元軍人軍属の事案において、「右取極についての協議ができないこととなった時点から、右国籍条項適用の結果生じている状態が法の下の平等の原則に反する差別となっていることは、率直に認めなければならない。しかしながら、今日、日本国は、中華人民共和国と正式の外交関係を保持しており、戦争賠償にかかわる事項は、国政の基本に触れる問題である……したがって、私は、台湾住民である日本の旧軍人又は旧軍属であった者に係る援護又は恩給給付に関する上告人らの請求権の性質及び内容並びに右請求権の具体的な根拠となるべき立法の必要性及び上告人らを含む台湾住民の戦争被害の救済手段について、具体的な法的判断を示すことはできないと考える。」とし、事案を憲法一四条の射程の下におきつつも、国政の基本事項に關係する日華の戦争賠償については法的判断をなしえないとして、いわゆる統治行為論を想起させる論拠を積極的に示した園部裁判官の補足意見と近似性を有するともいえる。しかし、園部意見と決定的に異なる点は、そもそも「憲法の子想しない」戦争補償という事項について立法裁量を論ずる点である（判旨（五）について）。このような「憲法の子想しない」事項についての最高裁判決の傾向とこれに対する評価については、憲法二九条三項等の個別論点の検討後により詳細に分析することにしよう。ここでは、さしあたり最高裁の見解について、二つの点を指摘できよう。

一つ目に、最高裁が在日韓国人に係る本件事案の問題を「憲法の子想しない」ものとしつつ、他方では、憲法一四条一項の射程内の問題として同戸籍条項を存置したことの合理性を検討しようとすることに論理的整合性があるのだろうか。仮に、憲法が予想しない事項が問題となるならば、そもそも憲法一四条一項を問題とする余地がないのではないか。

ともあれ、二つ目に、一四条一項の射程内の問題として本件を捉える場合には、戸籍条項を存置したことについて平等取扱いの例外を許容せしめる合理的根拠を示すことが必要とされよう。最高裁は、この合理性の有無の判定には「複雑かつ高度に政策的な考慮と判断」を要するとし、これについて「国家財政、社会経済、戦争によって国民が被った被害の内容、程度等に関する資料を基礎とする立法府の裁量的判断」で決定する旨を論じ（判旨（五）（六））、国会の立法裁量を結論付ける。とすれば、裁判所の合理性審査のあり方は抑制的でなければならぬが、最高裁は国会の裁量的判断につき、「立法府の裁量の範囲を著しく逸脱したもの」とまではないことはでき（判旨（七））。本件は、日本と韓国との外交関係のあり方を具体的に検討し、大韓民国との外交関係を前提として当該戸籍条項の憲法一四条一項との適合性について最高裁が判断を下した最初の事案であると位置付けることができる。他方では、先に見たように、戸籍条項（あるいは国籍条項）を日韓請求権協定締結以降に存置することの可否について、憲法一四条一項との関係で戦争損害という視点から立法裁量をより積極的に根拠付けようとした点で独自性を有するものといえよう。

## 二、憲法二九条三項関係の裁判例との関係——戦争損害の法理——

平成四年の台湾人元日本兵訴訟では、原告は国に対して憲法二九条三項に基づく損失補償請求を行ったのに対し、本事案では憲法二九条三項が争点となったわけではない。<sup>(4)</sup>しかし、①戦後補償関係の裁判の主要争点が憲法二九条三項との関係で問題となる点、

②本事案でも台湾人元日本兵訴訟と同様に憲法二九条三項の損失補償請求が問題となりえた点、③憲法二九条三項との関連で展開してきた「憲法の予想しない」戦争補償に関わる裁判例が、本件では一四条一項との関連に射程を拡大して引用されており、元来の判決を手掛かりとしてその趣旨の検討を加えることが本件の理解にとつても必要である点、以上の三点に鑑みて、憲法二九条三項との関連で「戦争損害」が論じられた裁判例についてより詳細な分析をなすことが迂遠ながらも必要であろう。

本判決では、戦争損害に関する立法裁量を結論付ける根拠の一つとして、昭和四三年の在外資産喪失訴訟上告審（最大判昭四三・一一・二七、民集二二卷一二号二八〇八頁）の判示内容を引用している。この事件は、日本国政府がサンフランシスコ平和条約一四条によって連合国在留邦人の在外財産に対する請求権を放棄したことが公用収用に該当するとして、原告が憲法二九条三項に基づいて損失補償請求を行った事案であった。



同判決が戦争損害の特殊性を論じた部分がここでの関心からは重要である。すなわち、「ところで、戦争中から戦後占領時代にかけての国の存亡にかかわる非常事態にあっては、国民のすべてが、多かれ少なかれ、その生命・身体・財産の犠牲を堪え忍ぶべく余儀なくされていたのであって、これらの犠牲は、いずれも、戦争犠牲または戦争損害として、国民のひとしく受忍しなければならなかったところであり、右の在外資産の賠償への充当による損害のごときも、一種の戦争損害として、これに対する補償は、憲法の全く予想しないところというべきである。」

この憲法二九条三項の論点が争われた事例が、戦争損害のリーディング・ケースとなった。その後、在日韓国人に係る本事案と論点を同じくする平成四年の台湾人元日本兵訴訟上告審判決の他にも、平成九年のシベリア抑留訴訟上告審判決（最一判平九・二・一三、民集五一巻三号一二三三頁）<sup>(5)</sup>がこれを引用し、少なくとも憲法二九条三項論の文脈においては、戦争犠牲ないし戦争損害の判例法理として定着しつつあるようにも思われる。これが更に憲法一四条一項論の文脈で引用されたのは、一般民間人戦災訴訟（最二判昭六二・六・二六、判時一二六二号一〇〇頁）<sup>(6)</sup>であり、本件と合わせて考えると、判例としての射程が拡大しているように思われる点に注目すべきであろう。

もともと、元来の昭和四三年判決の趣旨・判断内容は余りにも多義的であり、当時の学説でも頻繁に取り上げられたものの、その意味内容は必ずしも判然としない。しかしながら、戦争損害の補償に関する裁判では、立法裁量論を導き出す根拠として必ずといって良いほど引用され、本件も例外ではなかった。本件を分析するためには、元来論じられた昭和四三年判決をどのように理解するかという問題に遡って検討する必要がある。ここで三つの典型的な理解を想定することができる。

第一に、戦争損害も憲法二九条三項の射程内の事象であることを前提としつつも、「戦争犠牲は損失補償を要する「特別犠牲」に該当しない」と考える見解として昭和四三年判決を理解する見方がある（a説）<sup>(7)</sup>。この理解によれば、戦争損害はなお憲法の射程内の事項となるものの、戦争損害は憲法が補償を要求する「特別犠牲」に該当しないと判断されることが原則となることから補償の可否と範囲は裁量的に法律で定めうという結論になる。これを更に「特別損失か否か」の判断基準論との関連を射程に含めるならばどうか。損失強度に着目する実質的基準説の観点からは、戦争損害の場合には通常の損害に比して損害に対する受忍限度が拡張するものと思われる（a一説）、公平負担の観点から損失の人的範囲に着目する形式的基準説との関係で捉えれば、侵害行為に対し

て損失の一般性をより広く認定することになるう（a二説）。この両者は、平時と戦時とで異なる基準を憲法二九条三項の解釈に導入しようとする考え方として捉えることができるが、確かに戦時には受忍の限度・範囲が平時に比して拡大すると解することに実質的根拠がないわけではなく、少なくともこのように理解する可能性を否定しえないように思われる。

第二に、戦争損害を憲法二九条三項の射程内とした上で、a説的なダブル・スタンダードに立脚する訳ではない（したがって、通例の判例法理としての「特別犠牲」の考え方が実体的基準として妥当する）ものの、権限法上の問題として、「立法府が「特別犠牲」に該当するか否かを判定する広範な裁量権を付与されている」と理解する仕方も成立しうるのではないか（b説）。戦争損害については損害時の資料、財政的制約、政策的知識等の問題として裁判所の審査能力に限界があり、判断裁量拡大論として最高裁の見解を理解する可能性があり、在日韓国人に係る本件事案では最高裁の表現からも、この見解に立脚していると考え余地が大きい（もつとも、昭和四三年判決をこのように読むのは、最高裁自身の表現からして困難がある。）。

第三の可能性として、最高裁が「戦争損害は憲法二九条三項の射程外の事象に属する」とする見解に立っていると読むことが可能かもしれない（c説）<sup>(8)</sup>。この理解では、戦争損害はそもそも憲法二九条三項の憲法の規範的拘束の射程外の事項であるがゆえに立法裁量となる。もつとも、憲法の射程外と解するとはいっても、戦争損害（昭和四三年の事案では特に在外資産の請求権放棄が問題となる）は、憲法二九条三項が予定する公用収用に該当しないに過ぎないと理解する見解（c一説）<sup>(9)</sup>と、公用収用には形式上該当することを前提としつつも、そもそも、戦争損害は「超憲法的事項」であると解する見解（c二説）<sup>(10)</sup>とに分類しうる。以上に粗描しただけでも、昭和四三年の最高裁判例の判断内容は多様な解釈を許すものであり、どの理解が適切なかを確定することは非常に困難である。しかしながら、元来、昭和四三年判決の判決理由が「敗戦国の立場上、平和条約の締結にあたって、やむを得ない場合には憲法の枠外で問題の解決を図ることも避けがたいところであって」とし、「憲法二九条三項の意義・性質を判断するまでもない」（下線部は筆者による）として結論付けている表現から判断すると、戦争犠牲を憲法二九条三項の枠外とするc二説的な「超憲法的事項」のロジックを論じていたものと理解しうるのではないか。最高裁自身、戦後の占領体制下のいわゆる「ポツダム勅令」（昭和二〇年勅令第五三三号）に基づく日本政府の連合国財産返還命令を「日本国憲法の枠外にあり右のごとき措置に対しては憲法の適用を排除するものであることは当裁判所数次の判例の示すところ」とするように、憲法二九条三項との関連において数

回に亘って憲法の適用排除論を語ってきた例から推しても、昭和四三年判決をこれらと同一平面上の問題として基本的に同様のロジックに立脚していたと解する余地は大きいのではないだろうか。<sup>(11)</sup> 連合国軍の占領管理体制下の財産接收措置と同様に、サンフランシスコ平和条約の締結という事態は戦後日本国の主権回復以前のものであって、主権制限に直接由来する措置もまた不可抗的な性格を有することを考えると、仮に公用収用に該当する措置が問題となる場合であっても、そもそも損失補償規定の適用をなしえない超憲法的事項に係る問題と考えることには実質的な根拠が全くないわけではない。<sup>(12)</sup><sup>(13)</sup>

以上見てきたように必ずしも内容が判然としない昭和四三年判決の内容を、今度は憲法一四条論の文脈で引用している点を意識しつつ、本件の判示内容について一定の評価を試みてみよう。

#### IV、本件判断の評価——学説と私見——

##### 一、超憲法的事項の法理？

第一に、本件で引用された最高裁の見解を二説的に理解する場合にはどう評価すべきであろうか。この場合には、本件事案もまた憲法の射程外の事項となり、そもそも憲法一四条一項との適合性を問題とする余地がなくなる。もっとも、最高裁は「戦争犠牲ないし戦争損害」を憲法の予想しないものとしている一方で、戸籍条項を制定・存置したことの憲法一四条一項との適合性を審査している点をどのように整合的に理解するのかという問題がある。第二に、実質的根拠が問題となる。仮に、占領期の裁判例の多くで論及されてきた、憲法典に書かれない超憲法的事項の法理なるものを認めざるを得ない事例がありうるとしても、いくつかの事例からその適用範囲を帰納的に類型化し、あるいは実質的根拠論に遡ることで演繹的に適用の射程を画定してゆくことが必要ではなかろうか。それは、『憲法の枠外』とか、憲法の予想しないところとして、憲法の適用を外すという考え方は、『必要は法を破る』という原則に直ちにとりすがり、悪くすると安易な便宜主義におちいる<sup>(14)</sup>（大西芳雄）からである。

サンフランシスコ平和条約に関する昭和四三年の事案は日本国の主権回復以前の平和条約締結に係る事案であり、やはり日本国がその主権に基づいて主体的に行爲しえなかったという特殊事情が決定的であるように思われる。仮に平和条約の締結と在外資産の請求権放棄が敗戦国という地位から不可避であったとする最高裁の理解が適切であるならば、その不可避の損失をそもそも憲法

二九条三項の枠外の事項と解することには一定の根拠がないわけではなく超憲法的事項の法理に依拠することが全く不当とまでは言えないことにもなりうる。

しかし、本件は戦時中損失の補償に関する国内法上の取扱區別が主権回復後に生じた点からして、主権制限という論拠から超憲法的事項の法理を援用することは元来不可能である。仮に、不可抗力性を有するものとして戦争損害一般を解し、その観点から超憲法的事項と捉えることがありうるとしても、その補償のために法律が制定された結果として取扱い區別が存在するのであって、取扱差異が生ずること自体にはいかなる意味でも不可抗力性がない以上、本件訴訟の憲法一四条の問題を超憲法的事項として捉えることはできないのではなからうか。

もつとも、他の観点からの議論はありうる。つまり、台湾人元日本兵訴訟や本件訴訟では、在外資産喪失訴訟やシベリア抑留訴訟とは異なり原告の損失発生時が戦中であり、この損失について憲法二九条三項に基づく補償請求を行った場合には、日本国憲法の遡及効がない限り憲法二九条三項の時間的な射程外と考えることができ、<sup>(15)</sup>仮に本件でも憲法二九条三項が主張された場合には、日本国憲法の時間的適用範囲外という意味で超憲法的事項と解することに合理性がないわけではない。しかし、本件のようなケースについて、憲法二九条三項との関係で時間的適用範囲の問題として超憲法的事項と位置付けることが可能だとしても、実際に争点となったのは法律上の障害年金給付請求権のあり方の差異であり、その差異は法律制定時あるいは具体的な給付申請の却下処分時に生じたのだから、日本国憲法の時間的適用範囲の観点から超憲法的ということやはり不可能であろう。

以上の私見を要約すれば、仮に超憲法的事項の法理に依拠しないわけにいかない事例がある場合であっても、i 主権制限下での措置から損失が生ずることが不可避であること、ii 日本国憲法の効力が損害発生時に遡及しないこと、という二つの点に根拠を限定するべきではなからうか。そう解するならば、「戦争犠牲」が問題となる事例をおよそ超憲法的事項に属すると捉えるのは妥当ではなくiないしiiの要素が存在する事例のみを超憲法的事項と考えるべきではなからうか。

以上の考察を踏まえた上で、憲法一四条論の文脈において昭和四三年判決を引用し、立法裁量を導出した本件判決をどのように評価すべきであろうか。この点、本件は主権回復後の戸籍条項上の取扱い區別が問題となった点(iについて)、憲法一四条一項の取扱い區別が日本国憲法発効の後に生じた点(iiについて)で、「戦争損害」だからといって画一的に本件事例をも超憲法的事項と

して憲法の射程外と考えることは超憲法的事項の法理の濫用に他ならず、むしろ憲法の枠内の問題として憲法一四条一項適合性を判断しなければならないであろう。

## 二、受忍範囲と立法裁量の拡張？

もっとも、昭和四三年の「戦争損害法理」をa説的ないしb説的に理解する可能性も存在しており、昭和四三年の最高裁の判断をそのような内容のものとして読む場合において、これをどのように評価すべきかが次の段階として問題となる。

私見であるが、戦争損害法理を実質的基準説からの受忍限度拡大論(a一説)として理解した場合には、昭和四三年判決に由来する最高裁の見解は妥当な所があるように思われる。すなわち、損失強度が強い「特別損失」には憲法上の損失補償が要求される<sup>(16)</sup>と解する実質的基準説の観点に立脚しつつも、国の存亡に係わる非常事態には国民が平時に比してより強度の損失を受忍しなければなら<sup>(17)</sup>ないと考えることには一定の合理性がないわけでもないのではなからうか。国の存亡に直接に関わる戦争損害については受忍限度の拡大を前提とした上で、戦争損害の性質に応じて、憲法二九条三項の補償を必要とする「特別犠牲」に該当するか否かを検討する必要がある。但し、憲法二九条三項に関連して言われた「戦争損害法理」のa一説的な読み方に立脚した場合には、本件ではこれを憲法一四条の文脈で(しかも、法律上の補償請求権の文脈で)引用していることの意味をどう理解するのかという大きな疑問が残される。

それでは、平等負担の観点を重視する形式的基準説(a二説)の観点からはどうか。この点、戦時負担の平等を徹底することは實際上困難であり、平等負担の要請を、「国の存亡に係わる」戦時損失には一定程度緩和しないわけにはいかないという事情を考慮すれば、平等負担の憲法上の要請について、平時と戦時とで二重の基準を設定することには一定の実質的根拠がないだろうか。そして、憲法一四条論の文脈(法律上の補償請求権の平等の文脈)でも平等負担の問題が残る点で、元来が憲法二九条三項との関連で論じられた戦争損害法理を本件の憲法一四条論の文脈で引用したとしても、納得できるところが大きい。

最後に、戦争損害法理を戦争損害事項には立法裁量の幅が拡大するとする特例的判断基準論として理解するb説的な読み方の可能性はどうだろうか。この点、戦争損害の補償という事項の裁判所の審査には損害時の資料、財政的制約、政策的知識等について

裁判所の審査能力の限界という問題を伴い、何が特別損失に該当するかの判断は立法府の判断に委ねられると考える可能性がないわけではない。他方で、高度の政策的判断を要する補償の有無や補償範囲は政治的・戦略的に決するべき問題であり、その意味で政治的機関に適性が存すると想定する一般論も可能性としてはありうる。この観点は、本件の法律上の補償請求権の文脈における憲法一四条適合性判断の文脈でも残り、法律上の異なった取扱いが「合理的」であるか否かの判断は国会の裁量の問題であると理解することには、一般論として納得しうる部分が大きい。したがって、憲法一四条適合性判断の文脈で、最高裁がb説的な意味で「戦争損害の法理」を引用した場合には不当と言い切れない根拠があるのではないだろうか。そして、本件では「戦争損害の法理」をこの理解の仕方を読むのが最高裁自身の表現の仕方にも適合的であろう（判旨(五)(二)を参照）。

以上議論を要約しよう。まず、c説的に最高裁の見解を捉えた場合には、本件の文脈で引用する根拠が本件には欠如している点（遡及効と主権制限の問題）、「超憲法的事項」である事柄について憲法一四条適合性を検討の俎上に乗せているという論理的整合性の点で批判の余地があり、a一説の意味で論じられていると理解した場合には、憲法一四条との関係で引用していることの意味が判然としない。したがって、本件では、比較的問題の少ないa二説的理解ないしb説的な理解に最高裁が立脚しているものと捉えつつ、最高裁が行った憲法一四条適合性判断を具体的に評価してゆくことにしよう。

### 三、憲法一四条との関係

同条を「合理的理由のない差別を禁止する趣旨」として最高裁判例としての「合理的差別論」を継承すること自体に学説上異論がありうるが、<sup>(18)</sup>差し当たり本稿では戸籍条項が「合理的理由」を有するかという点を検討する。この点、昭和二七年の同法律制定当時の日本国内法では、朝鮮人・台湾人の国籍の帰属先が定かではなく、<sup>(19)</sup>法的地位の不明確な在日韓国人については援護法の適用を暫定的に除外しつつ、平和条約が予定する二国間の外交交渉に補償問題を委ねるとする外交枠組みの中に戸籍条項を位置付けるならば、在日韓国人元軍人軍属を給付対象者から暫定的に除外する戸籍条項を制定した<sup>(20)</sup>ことには一定の合理性があるように思われ、この判示内容について異論を唱える学説は少ない。在日韓国人と日本人との間には、補償方法（時期、主体、額等）の差異がこの時点でありえたものの、両者が補償対象として予定されていた点——補償の有無に関して平等取扱いが予定されていた点——にそ

の時点での取扱いの差異を正当化する合理性を見出すことにはそれ程問題はなからう。但し、近い将来に受給予定であっても、結果として生じた受給時期の差異の程度次第では、平等原則違反となりうる点は可能性としては残される。

この論点については一見自明と思われるものの、より立ち入って検討を加える必要がある。学説上、国籍・戸籍による取扱いの差異について、厳格な合理性の基準で合憲性を審査するべきと解する見解が存在しており、その前提には在日韓国人を日本人と同様に扱うべき歴史上の沿革を指摘する点には納得しうる点が大きく、合憲性を判定する際の考慮要素となりうると思われる<sup>(21)</sup>。しかし、戦後補償領域では在日韓国人の法的地位如何の問題は韓の二国間条約で調整しないわけにはいかない点では、やはり日本国籍を有する日本人とは異なっており、この法的事情に即応して合目的に暫定的な法律不適用を定めつつ、在日韓国人の補償請求権のあり方を今後の外交交渉に委ねるとした点には、事実的差異に即した理由があるといえよう。

仮に、憲法一四条一項の後段列举事由には厳格審査基準が妥当とする有力説の観点に立脚した場合には、本件の区別が憲法一四条後段列举事由に該当するか否かが問題とならう。本件の取扱の区別は人種や民族に着目するものではなく、在日韓国人の公法上（ないし国際法上の）の地位の差異によるものであるから、後段列举事由に該当するとはいえないのではない<sup>(22)</sup>。実質的にも、i 外交政策上の裁量を国会や内閣に認める必要を否定しえないこと、ii 補償方法を異にする点はともかく、在日韓国人も補償対象となること自体が予定されていたことに鑑みれば戸籍条項を制定したことに合理性がなかったとまではいえないのではない<sup>(23)</sup>。この論点については、②で詳細に検討した「戦争損害法理」（a 二説、b 説的な意味における）の適用の可否を問題にするまでもなく平等原則違反は生じないように思われ、最高裁も戸籍条項の制定については戦争損害法理に直接に依拠することは控えつつ、憲法一四条適合性を論じているがこれは妥当であらう。

むしろ、憲法一四条一項との関連で大きく問題となるのは、日韓請求権協定の締結後にも戸籍条項を存置したことの合理性であろう。これは、二国間の外交交渉で軍人軍属の補償問題を解決することを予定していたことに、戸籍条項制定の合理性の主要な根拠が存在していたにも拘わらず、実際には、その後の外交交渉で補償問題の解決がなされず、戸籍条項の合理性が失われたとも理解しうるからである。

ところで、法律の制定当初は憲法一四条の例外を許容せしめる合理的理由が存在するにも拘わらず、それ以降の時間的経過の中

で異なった取扱いの合理性が失われるに至った場合には当該法律の憲法適合性を問題としうることにについては、衆議院議員定数不均衡是正訴訟の最大判昭五一・四・一四（民集三〇巻三号二三三頁）と最大判昭五八・一一・七（民集三七巻九号一二四三頁）で最高裁が採用してきた判断枠組みであり、この枠組みを本件事案で否定する必然性はない。したがって、本件でも戸籍条項を存置したことの合理性を問題とした最高裁の二段階審査の方法は妥当であろう。

この点、近い将来の外交交渉で、在日韓国人の軍人軍属に対する補償の方法（時期、主体、範囲、額等）が決定されれば、差し当たり補償の有無に関する平等原則の問題は解消される。しかし、本件の如く予定された外交交渉を経たものの日韓請求権協定の締結後に両国の補償問題に関する見解の相違から、在日韓国人元軍人軍属に補償がなされなくなった時点から、同戸籍条項の存置が憲法一四条一項との関係で大きな問題が生ずる。それは、日本人と在日韓国人との間にあるものが、もはや補償方法（とりわけ時期に関わる）の格差ではなく、補償の有無という更に重大な格差となりうるからである。この論点に関する最高裁の判断に対しては、学説の多数は批判的見解に立つ。平成四年の台湾元日本兵訴訟上告審における園部意見も本件と同論点に関して憲法一四条一項違反の疑いがあるとするが、本件でも深澤補足意見が「このような状態は、ほとんど法の下の平等に反するものといってもいいようなもの」としている点は等閑視しえないものがある。

この論点について、同条項制定の合理性が i 外交政策方針の一環として補償立法のあり方の裁量を国会や内閣に認める必要性が存在しており、それに一定の重要性が認められていたこと、ii 補償が予定されていたことから平等原則の例外としての取扱いの差異が比較的軽度なものであるはずであったこと、という先に検討した二つの根拠に立脚しているとすれば、日韓請求権協定締結により補償がなされず、その見込みもない以上、補償の有無という根本的な格差に転化したと評しないわけにいかず、ii の問題としての取扱い差異の意味はより重大となる。更に、i の問題に視点を移した場合にも、日韓請求権協定締結後に補償の有無という論点にまで立法裁量を認める必要性があったのかどうか、あったとしても、それが補償の有無という格差を許容する程の重要性を有していたのかという点は問題である。もちろん、これについては補償立法のあり方を補償の有無の問題を含めて、広範な立法裁量に委ねる必要性和重要性を重くみる見解がありえ、この観点からは日韓請求権協定締結後に在日韓国人に対して補償がなされなくなったとしても、依然として取扱区別の合理性が存続することになる。しかし、在日韓国人は日本人として取り扱うべき平等原則



の要請がより強いことを考慮した場合にはとくに、立法部が裁量を逸脱しているおそれ大きいのではないだろうか。

ともあれ、この論点について最高裁は、通常の憲法一四条適合性を掘り下げて検討することを中断して、むしろ例外的な「戦争損害法理」を根拠として立法裁量を導出しており（判旨（五））、最高裁の判断を評価するためには結局のところ、この法理をどう考えるかという問題に再び帰しないわけにはいかない。その場合、通常の憲法一四条判断では憲法違反の可能性が大きい取扱差異について、戦争損害の場合には憲法一四条判断の通例のあり方に修正を加えることが許容されるのかどうか、より実質的根拠に遡って検討しなければならないのではなからうか。

この点、a 二説的な実体的観点からは戦時損失における平等負担の要請の緩和、b 説的な権限法上の観点からは裁判所の審査能力の問題や立法府の政策形成の適性等が実質的根拠の可能性としてありうる点は先にみた通りであるが、最高裁は①「国家財政、社会経済、戦争によって国民が被った被害の内容、程度等に関する資料を基礎とする立法府の裁量的判断」（判旨（五））を重視する点、②あるいは、立法府の「複雑かつ高度に政策的な考慮と判断」を重視している点を加味して（判旨（六））、b 説的に権限の観点から戦争損害に関する特例的判断法理を論じているものとみるべきではなからうか。<sup>(24)</sup> 仮に、その読み方で適切であるとすれば最高裁の判断をどう評価すべきであろうか。

私見であるが、戦争損害の特例的判断法理を認めること自体には、妥当な場合がありうる。戦後補償政策をどのように行うかは、当事国間の複雑な外交関係に配慮しつつ、日本と各国との個別の二国間関係の中で政策的・戦略的に調整してゆく性格をもつ問題であり、その問題について政治部門の政策的・戦略的な判断を否定し、裁判所の独自の判断におきかえることには問題がありうる。通常の外交関係でなく戦後処理（戦争損害の補償問題を含む）を主題とした外交関係については、とくに政策的・戦略的な判断を行う必要性が大きいようにも思われる。また、①の観点から立法府の判断能力を重視し、その判断に合理性を求めることも全く不当とまではいえないのではないだろうか。したがって一般論としては、裁判所は立法府の判断裁量の逸脱について憲法一四条の観点から統制をくわえることに課題を限定しないわけにはいかないようにも思われる。もともと、二国間協定や条約レベルで取扱い差異を定めることの合理性判断について、国会・内閣という政治部門に在日韓国人元日本人軍属に補償をしないこと含め広い裁量を認めることは、条約と司法審査という領域の問題として比較的理解しやすい（もともとこの点も、いわゆる「統治行為論」との関

係で大きな問題がありうる）ことであっても、在日韓国人の元軍人軍属が両国から障害年金の給付を受けられなくなった後において、一国内の国内法レベルにおいて取扱い差異を存続させることは、外交上の判断裁量では直接には説明がつかないのではないかと、国家財政・社会経済等の観点を憲法上正当な考慮として仮に認定しうる場合があるとしても、年金の給付をまったく行わないことについてまで、しかも「合理的期間」の経過が明白な本件において、立法裁量を結論付けるのは無理がないだろうか。戦争被害の資料という観点からみても同様のことがいえる。したがって、この論点については、裁量権の逸脱に課題を限定しない訳にはいかないと、より密度の濃い憲法適合性の審査により理由付けをしない限り、憲法違反の疑念を払拭することができないものと思われる。

## V、おわりに

「戦争損害の法理」は、昭和四三年判決で最初に論じられて以来、戦後補償関係訴訟で最高裁が度々言及してきた締め言葉である。しかし、その趣旨と内容には必ずしも一定のものがあつたわけではなく、様々な事例において、様々なニュアンスをもって論じられ、本件で論じられたそれは、昭和四三年判決のものとはその射程、内容、そして趣旨を異にしているようにも思われる。裁判例の解釈の変容自体が問題なのではない。むしろその判例法理の実質的根拠について意識しないままに戦争損害の法理が広く援用される傾向があることに問題があるのではなかろうか。

しかし、同じ戦争損害とはいっても、憲法一四条が問題となる場合と憲法二九条三項が問題となる場合とで事案を区別する必要がある、同じ戦争損害といっても国の存立自体が直接に問題となる非常事態の場合と、そうでない平時の場合の違いを区別して考慮する必要があるのではないだろうか。実質的根拠をどこにおくかによって、戦争損害法理の適用射程は全く異なってくる可能性がある。しかしながら、「戦争損害」が事件の主題となるというだけで戦争損害法理の結論部分のみがブラックボックスのままに立法裁量を導出するための先例として便宜的に引用されるようなことがあれば、問題は深刻であろう。しかしながら、昭和四三年當時は多くの文献で検討の対象となった当該法理は、結論部分のみが形式的にそれ以降の裁判で多く現れてきたのに対し、その後憲法学説上詳細に検討された形跡があまり見られない。この点については、いわゆる「統治行為論」の問題と合わせ法治主義ないし

法の支配の限界問題という一般的な視点を射程に含めつつ、今後の詳細な検討を必要とするのではなかろうか。そして、その検討を通じて戦争損害法理の適用範囲を厳格に画定することが要請されていると思われる。

(1) 韓国国内法の「対日民間請求権補償に関する法律」(一九七四年二月二日法律二六八五号)によれば、「一九四七年八月一五日から一九六五年六月二二日まで日本に居住したことがある者を除外した大韓民国国民」が補償対象者となる。

(2) 日本国の政府見解によれば、同協定二条の「財産・権利及び利益」とは、「法律上の根拠に基づき財産的価値を認められる全ての種類の実体的権利」(同協定に関する合意議事録二(a))であり、同条二項にいう「請求権」とは「権利、利益及び財産」に該当しないものを言い、このような請求権は同条項によつて最終的に解決されたものと考えられていた。

(3) 在日韓国人元軍属を原告とする憲法一四条関連の訴訟として、姜富中事件(大阪高判平一一・一〇・一五、判時一七一八号三〇頁)、鄭商根事件(大阪高判平一一・九・一〇、判例集未登載)の他、在韓韓国人恩給訴訟(最二判平一三・一一・一六、判時一七七〇号八六頁)BC級戦犯公式陳謝等請求事件(最小判平一三・一一・二二、判時一七七一号八三頁)等がある。

(4) それは、取消訴訟という形態で訴えを提起したためと思われる。そして、原告が取消訴訟という形態で訴訟提起したのは、憲法二九条三項の問題は、台湾人元日本兵の同種事案で既に最高裁の判断が下されているからであろうか。

(5) 他にも、占領中の連合国兵士の不法行為によつて殺害された者の遺族の損害賠償請求権ないし慰謝料請求権を平和条約一九条a項後段に基づき日本国が放棄した点について、憲法二九条三項による補償請求が行われた事案に関する最二判昭四四・七・四(判時五六六号三三頁)も昭和四三年判決に依拠して憲法二九条三項の「適用の余地はない」とする。下級審でも、様々な事案において戦争損害法理が援用されている。

(6) 本事案は、空襲を受けた一般民間人戦災者が、援護法により旧軍人軍属に対して行われるものと同様の救済措置が存在しないことが憲法一四条に違反するとして立法不作為に係る慰謝料の支払を求めた事案である。

(7) 例えば、阿部教授は「つまりは戦争による犠牲は特別の犠牲ではなく一般の犠牲であるというのである。」(阿部泰隆『国家補償法』(有斐閣・一九八八年)三三九頁参照)と明快に表現されている。

(8) このように昭和四三年の最高裁判決を位置付ける可能性を説く見解として、さしあたり萩野芳夫・憲法判例百選Ⅰ(第三版)二一六頁、武田真一郎・行政判例百選Ⅱ(第四版)三六〇頁等を参照。

(9) 在外資産喪失訴訟の文脈において、政府は、在外資産の請求権放棄とは国家の外交保護権を放棄することを意味するに過ぎず、したがって日本政府が自ら在外資産を収用したのではないから、憲法二九条三項にいう「私有財産を公共のために用いた」には該当しないと

する(林修三「在外財産補償問題と憲法二九条」ジュリ三一九号四六頁以下、山内一夫編『政府の憲法解釈』(有信堂・一九六五年)一〇四頁参照)が、これは戦争損害一般に関する見解ではなく、むしろ在外資産の請求権放棄という事案の個別性に大きく関係する見解である。もっとも、公用収用の概念との関連で憲法の射程外という結論を導く点で、c一説と軌を一にするものであろう。これに対し、公用収用に該当するとしつつも、これを憲法外の事象と捉えるc二説との違いは大きい。

(10) この点、佐藤功教授は在外資産の請求権放棄の問題を憲法二九条三項が予定する公用収用に該当するものとする一方で、第一審の東京地裁判決(東京地判昭三八・二・二五、判時三二九号七頁)を評して次のようにいふ。「すなわち、そこでは、実質的には、連合国による処分を日本政府が承認したのは、日本政府の意思を越えた場における不可避のものであり、通常の状態において日本政府が国民の財産を収用する場合と同一視して憲法第二九条三項の適用を主張することはできない、と述べられているが、この見解に私は賛成である。在外財産問題については、どうしても、ここにさかのほらなければならないのではないかと思う。」更に、「それだけではなく、私は、むしろ、この在外資産喪失ということが『戦争災害』の一種であり、その被害に対しては、通常の場合の被害と同じ救済を国に対して法的に要求することはできない」とする(参照、佐藤功「在外財産処理問題―戦争災害と人権(その二)―」法セミ一〇六号一五頁)。また、宮澤俊義教授は「戦争状態を終結させる平和条約の規定が憲法の規定によって拘束されると見ることは妥当であるまい。平和条約が当事国の憲法体制に対して優先的効力を有することは、諸国の先例においてひろく承認されているところと見ていいのではないか」として平和条約の超憲法的効力という観点から在外資産の請求権放棄を超憲法的事項とする(宮澤俊義『憲法II』(有斐閣・一九五九年)三九六頁以下参照)。以上の二説は根拠を異にするものの、結論的にはc一説的な見解として捉えることができるのではないだろうか。

(11) 最大判昭三五・一〇・一〇(裁時三一五号一九四頁)。他にも、ポツダム勅令に基づく解散団体の財産接収に関する最大判昭四〇・九・八(裁時四三三三九〇頁)は、「しかしながら、右勅令第五四二号は、日本国憲法にかかわらずなく憲法外において法的効力があり……したがって、所論各処分が超憲法的権力の作用として行われたとする原判決の判断は正当」とする。

(12) この点、下山瑛二教授が損失補償法の「地域的適用範囲の問題は、原則としてわがくにの主権の及ぶ範囲である」として地域的適用範囲論として問題を捉え、他に「国内法形式をとりながら、憲法体制外にある特殊な法体系として、安保条約にもとづく諸事項のための法律がある」として安保条約関係に言及している(下山瑛二『国家補償法』(筑摩書房・一九七三年)二七六頁以下参照)。この説明は、様々な局面において現われるc二説の実質的根拠を統一的に捉える見解として注目に値する。

(13) もっとも、何らかの形で不可抗力とはいっても、例えば、在外資産喪失訴訟で問題となったサンフランシスコ平和条約の場合、敗戦という結果に伴って条約を締結することが不可避である国際環境があったとしても、国内法上補償を認めるか否かは、あくまでも国内法上の問題であるとする見解(小田滋「対日平和条約による在外資産の喪失と国の補償責任」判評六〇号一二頁参照)は納得しうるところ

ろが大きい。また、文脈が若干異なるが、連合国財産の返還命令に係る事案で入江俊郎裁判官の反対意見が「本件不動産の譲渡は、最高司令官の要求であるから、その譲渡の実施自体については日本国の憲法に拘わりなく、これを実施すべきものであったことは明らかであるが、それだからといって、右譲渡に起因して生じた損害の補償までが、憲法の枠外であるというのは、論理の飛躍ではなからうか。」とするように、損失の発生に不可抗力性（主権の制限はその一様態であろう）があるとしても、日本国憲法の補償規定の適用を排除することの実質的根拠には直接はならないのではないかという大きな疑問が残る。

(14) 引用部分は、大西芳雄「平和条約第一四条(a)二項(I)による在外資産の喪失と国に対する補償請求の許否」民商六一巻二号三一〇頁。

(15) 日本国憲法をその発効以前に遡及的に適用しうるかという論点については、平成四年の台湾人元日本兵訴訟の過程で問題とされた。この点、西埜教授は遡及適用否定説を通説とし、この論点について明確な言明を避けた平成四年の最高裁判決も「不遡及を当然の前提にしている」とする（西埜章「戦後補償をめぐる行政法上の諸問題」新渥三二巻四号一三五頁以下参照）。ちなみに、第一審判決（東京地判昭五七・二・二六、判時一〇三二号三一頁）は、遡及効の明文規定がないことから不遡及原則が妥当するとし、控訴審判決（東京高判昭六〇・八・二六、判時一一六三号四一頁）も、遡及適用が認められる場合として、①憲法に遡及適用の規定がある場合、②旧憲法自体に損失補償規定があつて、それが条理上憲法に引き継がれていると解することができる場合の二つを挙げて当該事案での遡及適用を否定している。

これに対して戸波江二教授は、主権無答責原則の支配する国家賠償の分野とは異なつて、損失補償の分野では、①財産権保障の趣旨の尊重、②公用収用における平等負担の考慮、③明治憲法においても財産権の保障規定が存在していたことから遡及適用を肯定している（戸波江二「台湾人元日本兵・軍属の戦死傷について国家補償が認められなかった事例」判評二九八号二〇頁）。更に、旧憲法下での損失補償請求権が現行憲法下でも継承されるか否かという論点も存在している。また、荻野芳夫「外国人の人権」（明石書店・一九九六年）二四三頁の批判も参照。

(16) もっとも、生命・身体への損失にまで受忍限度の範囲を拡大しうると解するのは問題が大きい。この関心からは、戦争損害であつても損失の程度が著しいため憲法二九条三項の補償対象となる者をカテゴリー化する西埜教授の見解（西埜章「戦争犠牲者補償序説」新渥二六巻四号二二〇頁以下参照）が意味をもつ。

(17) 但し、国の存亡に直接には関連しない平時の戦争損害について受忍限度が拡大すると解するのは問題があるのではなからうか。この問題は、周辺事態における戦争損失や平和維持活動に伴う戦争損失を憲法上どのように捉えるかという現代的な問題に関連してくる。

(18) 最高裁の平等原則理解についてより根本的な批判をなす見解として、小嶋和司「憲法学講話」（有斐閣、一九八二年）二四六頁以下を

参照。

(19) その後、昭和三十六年の最高裁大法廷判決（最大判昭三六・四・五、民集一五卷四号六五七頁）において、日本の国内法上で朝鮮人の地位を有していた者は昭和二十七年四月二八日の平和条約発効をもって日本国籍を喪失した結果、朝鮮国籍を取得したとされる。その結果として、戸籍条項に加えて国籍条項からも、在日韓国人元軍人軍属は障害年金の対象から除外されることとなる。

(20) 国籍帰属が不明であった朝鮮半島出身者を戸籍条項によって暫定的に法律適用から除外する仕方については、他にも選挙権等に関する旧衆議院議員選挙法の改正法（昭和二〇年法律第四二号）附則四項、旧参議院議員選挙法（昭和二二年法律第一一号）附則九条、公職選挙法（昭和二五年法律第一〇〇号）等多くの立法例がある（池本壽美子「在日韓国人軍属の戦傷病者戦没者遺族等援護法による障害年金訴訟（一審判決）」ひろば四八巻一号六九頁参照）ことからすれば、やはり戸籍条項を定型的・価値中立的な立法技術の表現として捉えること自体は、全く不当とまではいえないのではないかと思われる。

(21) 例えば、荻野芳夫教授は、「いまは、国籍を異にするとはいえず、戦争遂行中、両者とも同じ日本臣民であったときに、同じ事故によって、同種の被害を受けたのである。」とし、在日韓国人の軍人軍属について日本国籍者と全く同様に補償を受ける権利の存在を主張する（荻野芳夫「戦後補償と立法裁量論について」関東学院九巻二号二頁参照）。異なる観点からの主張としては、在日韓国人大阪訴訟の最高裁判決の評釈（安西文雄「戦没者遺族等援護法の国籍・戸籍条項の合憲性」平成一一年度重判解八頁）で、援護法を社会保障的側面から捉え、伝統的な「社会保障Ⅱ国籍国の責任」論を批判しつつ、在日韓国人は生活の基盤を日本国に有する定住外国人であるから、日本国が生活保障の一次的責任を有するとする。両見解に照らせば、在日韓国人については外国人一般とは異なり、実態に即して日本人により近い存在として理解すべきであり、そう解するならば本件のような取扱いの差異の合理性をより厳格に審査することが要請されよう。また、欧米諸国の内外人平等原則を基準に据える見解として山本悦夫「戦争損害補償と立法裁量」平成一三年度重判解二四頁参照。

(22) 定住外国人に対する国籍による差別は、民族による差別と実質的に等しいとし、この差別を憲法一四条一項の後段列挙事由（「人種」）に該当するとする見解があるが（青柳幸一「外国人に対する社会権保障の法理」同『個人の尊重と人間の尊厳』（尚学社・一九九六年）二二三頁、安西・前掲注二一・八頁参照）、本件の国籍・戸籍による取扱い区別が民族差別を背景としていない場合には、公法上の地位の相違による区別と見るべきではなからうか。

(23) この点、厳格な合理性基準を採用したとしても合憲とする論者が多数であるが、①在日韓国人の補償法上の地位を全面的に二国間協定の結果に依拠させなければならなかったのか（国際法上の問題を国内法上の問題を切り離して補償政策を構想することが不可能であったか）、②二国間協定締結以前に暫定的に障害年金を支給する必要がなかったのか、という点にまで裁判所が立ち入って審査すべきであったかどうかは一応問題とする余地がないわけではない。

(24) 超憲法的な側面が強調されているように思われる昭和四三年判決とは異なって、本件では、むしろ権限法的なb説的色彩が特に強調されている点で昭和四三年判決の解釈替えが遂行されているようにも思われる。